den Privatflüssen zu suchen gewesen wäre, von diesen die Rede ist, sondern auch wegen der kleinern fließenden Wasser nicht eben viel Streitigkeiten vorkommen mochten, da die Römer, wie ich in meiner Abhandlung bereits angeführt habe, nur wenige Wasserwerke außer den Wasserleitungen haben mochten, diese aber, wenn sie nicht aus öffentlichen Flüssen Statt fanden, in der Regel wenigstens wohl nur ex capite fontis veranstaltet zu werden pflegten [14]) und so wie die Benutzung des vorbeifließenden Wassers zu Wässerungen, den Bächen und Flüssen doch wohl nicht leicht einen solchen Eintrag thaten, daß den niedern Grundstücksbesitzern nicht ausreichendes Wasser zu ähnlichen Zwecken geblieben wäre.

XXII.

Einige Bemerkungen über das Erbrecht unehelicher Kinder in dem Vermögen ihrer Mutter und ihrer mütterlichen Ascendenten und sonstigen Verwandten.

Mitgetheilt [1])
vom Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

Wiewohl es einem fast allgemeinen Gerichtsgebrauche nach, ziemlich ausgemacht zu seyn scheint, daß den spuriis et vulgo quaesitis in Beziehung auf den Nachlaß ihrer Mutter und mütterlichen Ascendenten, gleiche Successionsrechte mit den legitimen Kindern beigelegt werden [2]), so ist dieser Grund-

14) L. 9. de serv. praed. rustic. (8. 3.)

1) Aus den Papieren eines sehr talentvollen jungen Geschäftsmannes; hin und wieder ergänzt und weiter ausgeführt.

2) Gaill. Observ. pract. L. II. obs. 88. §. 20. Carpzov.

satz dennoch in der Theorie, besonders durch Berufung auf die Novelle 74. cap. 6. und Novelle 89. cap. 15., so wie auf die hieraus entlehnte Authentica Licet Cod. (V. 27.) *de naturalibus liberis* sehr bestritten [3]). Indessen möchte aus einer sorgfältigen Erwägung jener Novellenstellen sich ergeben, daß aus ihnen für die spurios und vulgo quaesitos nichts Nachtheiliges abgeleitet werden könne, die Ansicht der Praxis vielmehr in jeder Beziehung als gerechtfertigt sich darstelle [4]).

Zweifellos ist es, daß nach dem Rechte der Institutionen und Pandekten die unehelichen Kinder ihrer Mutter und ihrer mütterlichen Verwandten, gleich den legitimen Kindern, ab intestato succediren, und eben so wie diese zum Pflichttheile berechtigt sind.

Der Beweis für ihr Intestaterbrecht liegt in einer großen Menge von Rechtsstellen. So z. B. im §. 3. Inst. III. 4. *ad SCtum Orphitianum*, worin es heißt: Novissime sciendum est, etiam illos liberos, *qui vulgo quaesiti sunt*, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto vocari, und in fr. 2. D. XXXVIII. 8. *Unde cognati:* Hac parte proconsul, naturali aequitate motus, omnibus cognatis promittet bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure

---

Jurisp. forens. P. II. const. 14. definit. 58. Stryck de success. ab intest. Cap. II. §. 52. Berger Oeconom. jur. L. II. tit. 4. §. 37. Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 38. tit. 17. §. 7. Hellfeld Jurisprud. forens. §. 1674.

3) Vinnius ad Inst. Lib. III. tit. 4. Strube rechtl. Bedenken Bd. I. nr. 48. (in meiner neuen Ausgabe nr. 310). Glück Lehre von der Intestat-Erbfolge. §. 107. Koch Successio ab intestato. §. 32.

4) Höpfner Institutionen-Commentar. §. 487. Anm. 5. §. 693. Madihn de succession § 40. Thibaut System des Pandektenrechts. §. 682. Schweppe römisches Privatrecht. §. 827. und 957.

civili deficiant. Itaque etiam *vulgo quaesiti* liberi et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati. Endlich im fr. 8. *eod.* Modestinus respondit, non adeo minus ad aviae maternae bona ab intestato nepotes admitti, quod vulgo quaesiti proponuntur u. s. w.

Ihren Anspruch auf einen Pflichttheil beweiset dagegen das fr. 29. §. 1. D. V. 4. *de inofficioso testamento*, worin gesagt wird: de inofficioso testamento matris *spurii quoque filii* dicere possunt.

Daß die ersten Rechtsstellen nur die vulgo quaesitos nennen, die letztere nur die *spurios* angibt, kann es nicht bedenklich machen, sie sämmtlich auf beide Arten der unehelichen Kinder zu beziehen, da die Römer nicht so streng, als die neuern Rechtsgelehrten zwischen den Ausdrücken spurii und vulgo quaesiti unterschieden, sondern sich ihrer promiscue bedient haben [5].

Ja sogar den in einem Inceste oder Ehebruche erzeugten Kindern durfte im Verhältniß zu ihrer Mutter und mütterlichen Verwandten [6] nach den angezogenen Rechtsstellen ein Intestat-Erbrecht und ein Anspruch auf den Pflichttheil einzuräumen seyn, da auch sie unter der allgemeinen Benennung der spurii und vulgo quaesiti häufig mitverstanden, und wenigstens in dem Pandektenrechte den übrigen unehelichen Kindern gleichgestellt werden [7].

---

5) S. Heise D de successor. necessar. § 24. not. 2. Glück Intestat-Erbfolge. §. 103. — Vergl. auch Brissonius de Verbor. significat. unter diesen Worten.

6) Nur von dem Vater und den väterlichen ist das bestrittene cap. 5. x. (IV, 7.) *de eo qui duxit in matrimonium*, zu verstehen. S. Archiv für civilist. Praxis Bd. I. nr. 5.

7) Brisson. v. spurius. Heise l. c. §. 29 c. 1. C. Theod. *de incest. nupt.* bezeichnet sogar die aus einer incestuosen Ehe erzeugten Kinder als *spurios*.

Daß namentlich der Ausdruck vulgo quaesiti, alle illegitimen Kinder, insbesondere auch die *Spurios* unter sich begreift, geht aus einer Stelle des Modestinus im fr. 23. D. I. 5. *de statu hominum* hervor, wo es heißt: Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare possunt, vel qui possunt quidam, sed eum habent, quem habere non licet, qui et *spurii* appellantur. In dem Rechte des Codex und der Novellen findet sich keine andere direkte Abänderung des in den Pandekten aufgestellten Grundsatzes über die Gleichheit der illegitimen mit den legitimen Kindern im Verhältnisse zu ihrer Mutter und mütterlichen Verwandten, als die in der const. 5. C. VI. 57. *ad SCtum Orphitian.* enthaltene, wodurch Justinian den unehelichen Kindern einer matris illustris in Concurrenz mit ehelichen Kindern, die Fähigkeit nimmt, irgend Etwas unter den Lebendigen oder von Todeswegen von ihrer Mutter zu empfangen; eine Bestimmung, welche mit dem Wegfallen des Standes der Illustres [8]) im römischen Sinne für uns absolut geworden ist.

Dagegen ist von neuern Rechtslehrern [9]) der fortdauernden Gültigkeit des nach dem Pandektenrechte den unehelichen Kindern beiwohnenden Erbrechts häufig der Rechtssatz entgegengesetzt:

> daß alle ex damnato atque secundum leges punibili coitu erzeugten Kinder sowohl von der väterlichen, als mütterlichen Erbschaft völlig ausgeschlossen seyen.

Wäre derselbe in seiner vollen Ausdehnung richtig, so würde man heutzutage, wo jeder Concubitus außer der Ehe als verboten und strafbar erscheint, nicht ohne Grund allen un-

---

8) Es gehörten dahin alle diejenigen, denen die sogenannte Major dignitas gegeben war, namentlich der Praefectus praetoris, Praefectus urbi, Magister militum. S. meine Tabulae negotiorum solemnium juris Romani. p. 32.

9) Vinnius l. c. ad §. 4. J. III. 5. nr. 3. u. s. w.

ehelichen Kindern die Succession in den Nachlaß ihrer Mütter versagen müssen. Auch folgert Koch [11]) aus jener Prämisse ganz consequent, daß schon nach dem römischen Recht die Spurii im neuern Sinne des Worts ihrer Mutter nicht hätten succediren dürfen, da das Stuprum nach der Lex Juliana de adulteriis ein strafbares Verbrechen gewesen sey; wiewohl die oben ausgehobenen Rechtsstellen, wenigstens für das Pandektenrecht, das Gegentheil deutlich erweisen, auch aus der angeführten c. 5. C. *ad SCt. Orphitianum*, ex argumento e contrario folgt, daß selbst in späterer Zeit im Ganzen, die Ansicht des Pandektenrechts befolgt worden ist. Frägt man nun nach dem Grunde des gedachten Rechtssatzes über die Unfähigkeit der liberorum ex damnato et punibili coitu natorum, ihre Mutter und mütterlichen Verwandten zu beerben, so wird man von den Rechtslehrern auf die Novelle 74. Cap. 6. und die Novelle 89. Cap. 15., so wie endlich auf die aus der letztgedachten Novelle entlehnte Authentica Licet C. V. 27. *de naturalib. liber.* verweisen, welche, nachdem sie von dem Erbrechte der *liberorum naturalium* gesprochen hat, mit den Worten schließt: Sed qui ex damnato sunt coitu nati, omni prorsus beneficio secludantur.

Diese Worte der Authentika, im Zusammenhange gelesen, beziehen sich indessen offenbar nur auf den Concubinat und die Erbfolge in den Nachlaß des Vaters, und nicht auf den der Mutter.

Selbst also, wenn man sonst auf diese Authentika irgend ein Gewicht legen dürfte, so würde sie doch bei der vorliegenden Frage ohne Bedeutung seyn, und alles auf den Inhalt der beiden angezogenen Novellen selbst ankommen.

Die Novelle 74, welche sich in den frühern Capiteln mit der Legitimation der liberorum naturalium beschäftigt, disponirt nun, nach der Vulgata, im 6ten Capitel, wie folgt:

---

10) Succ. ab intest. §. 32. Schol. 2.

> Si quid autem praeter haec fiat, non tamen ex conscripta procedat copulatione; erunt naturales, et quae a nobis largita sunt naturalibus, sive ex testamento, sive ab intestato, potientur. — Eos enim, qui semel *ex odilibus nobis et propterea prohibitis nuptiis* procedunt, neque naturales vocari, neque participanda iis ulla clementia est, sed sit supplicium etiam hoc patrum [11]), ut agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentiae eorum habebunt filii.

Die Novelle 89. verordnet dagegen im Capitel 15. nach der Vulgata:

> Primum enim omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus [12]), neque habebit quoddam ad praesentem legem participium u. s. w.

Aus diesen Gesetzen soll also folgen, daß ein jedes ex damnato atque secundum leges punibili coitu erzeugte Kind weder des väterlichen noch des mütterlichen Nachlasses theilhaftig werden könne.

Indessen

1) scheint so viel unzweifelhaft, daß beide Novellen nur von verbotenen Ehen, oder doch Concubinaten reden. Die Novelle 74. bedient sich ausdrücklich der Worte: ex odilibus et propterea prohibitis *nuptiis;* dagegen spricht die Novelle 89. zwar nur von complexibus. Allein

---

11) Die Ausgaben des griechischen Textes haben τῶν πατρῴων, allein schon Agyläus liefet πατέρων, und diese richtige Leseart wird durch den Cod. Zuichem. so wie durch den Cod. Meermann. III., welcher die Abbreviatur πρῶν hat, bestärkt. Hombergk hat die irrige Leseart vor Augen gehabt, indem er parentum übersetzt.

12) Im griechischen Text: παρὰ τῶν γονεῶν.

a) zeigt der Beisatz: non enim hoc vocamus *nuptias*, daß der Gesetzgeber an Verbindungen unter der Form von Ehen gedacht habe, welche er nur deßhalb nicht so nennen wollte, weil sie verboten, und im juristischen Sinne keine Ehen waren;

b) erfordert der ganze übrige Inhalt dieser Novelle, diese Erklärung. — Justinian handelt in derselben, wie in der Novelle 74, von den Verhältnissen der liberorum naturalium, und kömmt endlich im Capitel 15. auf die Kinder, welche nicht einmal für nothi gehalten, und denen nicht einmal die Rechte dieser, in Beziehung auf ihren Vater zugestanden werden sollen. Darüber nun konnte kein Zweifel obwalten, daß den spuriis und vulgo quaesitis, deren Vater ungewiß war, und die sich von den aus einem Concubinate entsprossenen liberis naturalibus schon durch den Mangel des Concubinats leicht unterscheiden ließen und stets unterschieden waren, jene Rechte nicht beigelegt werden könnten. — Eher konnte dagegen darüber ein Bedenken entstehen, wie es mit den aus einer verbotenen Ehe, oder einem Concubinate erzeugten Kindern zu halten sey, und deßhalb bestimmte Justinian, daß sie an den Rechten der nothorum keinen Theil haben sollten.

c) Endlich kommt hinzu, daß Justinian, wegen der juristischen Ungewißheit des Vaters, die unehelichen Kinder nicht für den Fall, mit einem Nachtheile bedrohen konnte, daß sie aus einem Incest oder einem, sonst besonders strafbaren Concubinate entsprossen seyn sollten, da es ja nie, wie bei der Ehe oder dem Concubinate entschieden war, ob sie denn wirklich jenem Inceste oder einem andern Beischlafe ihre Entstehung verdankten [13]. Beziehen sich mithin beide Novellen nicht auf die unehelichen Kinder und wird schon deßhalb durch sie die obige Regel, daß

13) Heise l. c. §. 29.

quivis ex damnato et punibili coitu natus von der Succession in den älterlichen Nachlaß ausgeschlossen sey, nicht bestätigt, so tritt dieses noch mehr hervor, wenn man

2) erwägt, daß die Novellen, und insbesondere die Novelle 89. Cap. 15. nur die incestuosen, oder doch solche Ehen betreffen, die jenen an Strafbarkeit gleich standen [14].

Die letztgedachte Novelle spricht von complexibus aut *nefariis*, aut *incestis*, aut *damnatis*.

Der Ausdruck *nefarius* wird nur von schweren Verbrechen gebraucht, und als Beiwort von ehelichen Verbindungen nur von den verhaßtesten Ehen. So namentlich als Bezeichnung der incestuosen Ehe im §. 1. J. I. 10. *de nuptiis*; oder der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten, in der Novelle 143. praef.

Der Ausdruck *nuptiae damnatae* oder *complexus damnati* ferner soll nach Heise [15]), da, wo er vorkommt, ebenfalls nur eine Ehe im verbotenen Grade bedeuten, und eine Stelle in der Novelle 12. scheint es völlig zu bestätigen, daß nuptiae nefariae aut incestae aut damnatae, ohnerachtet der trennenden Conjunction aut, nur incestuose Ehen sind, denn Justinian sagt daselbst im Capitel 1.: Sancimus igitur de cetero, si quis illicitas et contrarias naturae (quae lex nefandas *et* incestas *et* damnatas vocat), contraxerit nuptias u. s. w.

Die Novelle 74. Capitel 6. redet freilich allgemein von odilibus et propterea prohibitis nuptiis.

Daß sie aber nicht alle verbotenen Ehen darunter versteht, ergibt sich daraus, daß sie den aus solchen Ehen entsprossenen Kindern im Capitel 6. diese Legitimation für einen Fall zuläßt, wo die Ehe zwischen den Eltern gesetzlich verboten war. Auch sie scheint sich vielmehr nur auf nuptias incestas zu beziehen, welche dem Kaiser Justinian besonders verhaßt waren.

---

14) Z. B. vergl. c. 45. C. I. 3. *de episcop. et clericis.*

15) a. a. O.

Wenn man daher der obigen geäußerten Ansicht zuwider, auch annehmen könnte, daß diese beiden Novellen die unehelichen Kinder mit umfaßten, so würden sie doch nur die aus einer incestuosen oder einer ihr gleichgesetzten sonstigen verbrecherischen Geschlechtsverbindung erzeugten Kinder, nie aber diejenigen betreffen können, welche aus einem gewöhnlichen Stupro hervorgegangen sind, denn die in den Novellen gebrauchten starken Ausdrücke passen nicht auf das geringere Vergehen eines bloßen stupri.

3) Endlich ist von mehrern Rechtslehrern, und vorzugsweise von Heise [16]) nicht ohne großen Anschein ausgeführt worden, daß Justinian in den beiden Novellen die Ausschließung der incestuosen Kinder, nur hinsichtlich der Vortheile anordne, welche den Nothis aus dem väterlichen Vermögen gebühren, und dabei an die mütterliche Erbschaft gar nicht gedacht habe. Einer nähern Untersuchung dieses Punktes kann man sich jedoch für die vorliegende Frage um so eher überheben, als die beiden ersten hervorgehobenen Momente genugsam zeigen, daß der von den angeführten Rechtslehrern aufgestellte Grundsatz über die Erbunfähigkeit der ex quovis coitu punibili erzeugten Kinder, durch die beiden dafür angezogenen Novellen keineswegs gerechtfertigt wird; auf der andern Seite aber die c. 6. C. V. 5. *de incestis et inutilibus nuptiis*, die aus einer incestuosen Ehe erzeugten Kinder wirklich auch von der mütterlichen Erbschaft ausschließt. Diese besagt nämlich ausdrücklich: Si quis incesti vetitique conjugii sese nuptiis funestaverit, proprias, quamdiu vixerit, teneat facultates, sed neque uxorem, neque *filios* ex ea habitos credatur. Nihil prorsus *praedictis*, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes, vel moriturus derelinquat u. s. w. Et sane, quae de viris cavimus etiam de foeminis, quae praedictorum sese consortiis commaculaverint, custodiantur,

16) a. a. O §. 30.

Der in ihr ausgedrückte Fall ist daher der einzige, in welchem das römische Recht den Kindern die Successionsrechte auf den mütterlichen Nachlaß wirklich nimmt.

Unter diesen Verhältnissen ist es noch irriger, wenn man sich außerdem zur Aufrechthaltung des bestrittenen Grundsatzes, auf eine aus der ebengedachten c 6. C. *de incest. et inutil. nupt.* und der oben angeführten Nov. 12. Cap. 1. zu entnehmenden Analogie berufen hat; denn die Voraussetzungen dieser beiden gesetzlichen Verfügungen, Ehe und Incest, treffen bei den hier in das Auge gefaßten unehelichen Kindern nicht zu, und so läßt also der Mangel derselben auch nicht einmal eine analogische Ausdehnung jener Bestimmungen zu. Wollte man aber auch mit Glück [17]) auch die in einer Bigamie erzeugten Kinder, oder gar mit demselben Rechtslehrer gegen das widerstreitende Princip über die Ungewißheit des Vaters bei unehelichen Kindern, auch die außer der Ehe im Incest oder Ehebruche erzeugten Kinder, von der mütterlichen Erbschaft unbedingt ausschließen, so würde doch, wie gesagt, ein solcher Grundsatz nie auf die spurios und vulgo quaesitos Anwendung finden können.

Es scheint demnach klar, daß alle von den Rechtslehrern für den Satz

> daß die ex damnato et secundum leges punibili coitu erzeugten Kinder von der Succession in die väterliche und mütterliche Erbschaft ausgeschlossen seyen,

sobald man dem coitu damnato einen weiteren Begriff als den einer incestuosen Ehe unterlegt, in keiner Hinsicht erwiesen, und daß, wenn man auch gerade jener Ausnahme wegen, die Behauptung einiger, daß das römische Recht die Kinder ex damnato coitu überall nur von der Erbschaft des Vaters ausschließe, nicht billigen kann, man doch diese Behauptung für die unehelichen Kinder gelten lassen, oder, wenn man mit Glück, jene Ausnahme auch auf die

17) Lehre von der Intestat-Erbfolge. §. 104.

außerehelich in einem Inceste, und die im Ehebruch erzeugten Kinder ausdehnen will, man doch wenigstens zugeben muß, daß durch alle jene Gesetze in dem Successionsrechte der spuriorum und vulgo quaesitorum nicht geändert sey, und diese in Beziehung auf ihre Mutter und mütterlichen Verwandten, nach wie vor, den legitimen Kindern gleich zu stellen sind; wodurch denn die Praxis, welche dieselbe Ansicht befolgt, in jeder Hinsicht als völlig gerechtfertigt erscheint.

Es bedarf daher auch nicht einmal der Ausnahme, welche Koch und Glück [18]) in Betreff derjenigen unehelichen Kinder zu machen geneigt sind, welche ihr Daseyn einer an ihrer Mutter verübten Nothzucht oder Schändung (stuprum involuntarium, sogenannter unfreiwilliger Beischlaf) verdanken, denn wenn es gleich sehr richtig ist, daß, obwohl das an einer Blödsinnigen verübte stuprum, so wie jedes andere stuprum involuntarium, und die Nothzucht für weit strafbarer, als das gewöhnliche stuprum voluntarium zu betrachten, und meistens mit sehr harten Strafen bedroht sind, diese Verbrechen in ihren Folgen, eben so wenig in Betreff der stupratae, als für das aus denselben erzeugte Kind den nuptiis incertis gleichgestellt werden können, und daß vielmehr gerade in der bei einer Genothzüchtigten oder Blödsinnigen und sonst bewußtlosen Geschwächten anzunehmenden Abwesenheit des Willens, und der daraus folgenden Freiheit von aller Schuld, ein dringender Grund liege, dem von ihr geborenen Kinde um so mehr Ansprüche an die mütterliche Verlassenschaft zuzugestehen: so zerfällt dennoch diese verstattete Ausnahme in sich, wenn die Unstatthaftigkeit der aufgestellten Regel nachgewiesen seyn sollte.

18) Koch Successio ab intestato. §. 36. Glück Commentatio de conditione liberorum ex stupro violento, aut nec violento nec voluntario procreatorum, in dessen Opuscul. Fascic. IV. nr. 2. Dessen Lehre von der Intestat-Erbfolge. §. 107. Dessen Commentar zu den Pandekten. B. II. §. 116. S. 92.

Uebrigens versteht es sich diesem nach von selbst, daß, wenn wenigstens die spurii und vulgo quaesiti im eigenen Sinne des Worts, sobald man von dem jetzt ohnehin undenkbaren abstrahirt, daß die Mutter zu dem Stande der illustres gehört, nach dem spätern und namentlich nach dem Novellenrechte dieselben Ansprüche auf den mütterlichen Nachlaß behalten haben, welche ihnen das Pandektenrecht einräumt, und daß sie in dieser Beziehung mit den legitimen Kindern in gleichem Verhältnisse geblieben sind; auch die nachherigen Verordnungen, welche den Ascendenten neue Verpflichtungen gegen die Kinder im Allgemeinen auferlegt haben, und insbesondere auch die c. 9. C. VI. 26. *de impuber. et al. substitut.* und die Novelle 115, in so fern von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten die Rede ist, ihre volle Anwendung finden müssen [19], und es ist daher eine wahrhaft irrige Annahme, wenn einige behaupten wollen, daß jene c. 9. C. *de impub.* sich nur auf liberos legitimos und naturales beziehe. Sie ist dieses um so mehr, als die liberi naturales hinsichtlich der Succession in den mütterlichen Nachlaß eben so wenig als die legitimi von den spuriis und vulgo quaesitis unterschieden wurden und ihr einziger Vorzug vor diesen, in den Verhältnissen zu dem Vater bestand.

---

19) Heise l. c. §. 24.